

Regolazione tariffaria ed eterointegrazione dei contratti*

Tariff regulation and heterointegration of contracts

di *Simone Lucattini***

ABSTRACT

Il saggio getta luce sull'incidenza della regolazione tariffaria delle autorità indipendenti rispetto ai contratti in essere nei settori economici sensibili dell'energia, dei rifiuti, del servizio idrico e delle autostrade, riflettendo sul principale problema dell'eterointegrazione costituito dalla potenziale lesione dell'affidamento riposto dalle imprese esercenti il servizio nelle condizioni pattuite.

The essay sheds light on the impact of tariff regulation by independent authorities on existing contracts in sensitive economic sectors such as energy, waste, water services, and highways, reflecting on the main problem of heterointegration, which is the potential damage to the trust placed by service providers in the agreed conditions.

SOMMARIO: 1. Autorità indipendenti ed eterointegrazione: tra pubblico e privato. – 2. Dalla regolazione per contratto alla regolazione per autorità indipendente. – 3. Nel dominio della regolazione: l'impatto del metodo tariffario nei settori regolati. – 4. Dalla concessione contratto al contratto di concessione eterointegrato. Nel prisma della buona fede e dell'affidamento.

1. Autorità indipendenti ed eterointegrazione: tra pubblico e privato

L'eterointegrazione dei contratti, tema tipico e classico di diritto civile, diviene tema di confine – tra diritto pubblico e diritto privato – nel momento in cui la legge, innescando il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali previsto dall'art. 1339 c.c., autorizza le autorità amministrative indipendenti a eterointegrare, con propri atti di regolazione, i contenuti dei contratti di servizio tra le amministrazioni-concedenti e le aziende erogatrici dei servizi¹. In

* Il presente scritto è destinato al volume che raccoglierà gli atti del convegno, tenutosi il 29 novembre 2024 presso l'Università di Siena-Dipartimento di Giurisprudenza, dal titolo "Problemi di confine. Il dialogo pubblico-privato alla prova dei fatti". Le opinioni espresse sono a titolo strettamente personale.

** Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università di Siena.

¹ L'art. 1339 c.c. «nel menzionare le clausole imposte dalla legge, non si riferisce soltanto a quelle oggetto di diretta previsione legislativa, ma anche a quelle individuate da una fonte normativa da essa autorizzata»: Cass. civ., Sez. VI, 31 ottobre 2014, n. 23184. Pertanto le previsioni regolatorie, laddove i rapporti negoziali non vengano consensualmente modificati in

questo ampio orizzonte, oggetto specifico di studio è l'incidenza della sopravvenuta regolazione tariffaria rispetto ai negozi contrattuali in essere nei settori economici sensibili affidati alla cura delle amministrazioni regolatrici e, quindi, a livello effettuale, l'impatto della nuova disciplina sulle scelte degli operatori economici e sui legittimi affidamenti maturati.

L'ampia parabola storico-evolutiva entro la quale s'inscrive il fenomeno in esame è quella di un diritto amministrativo che, nato dal potere autoritativo – dal «castello» –, si è poi spinto, dapprima, verso il *service public* – «il mulino» – e ha, infine, «raggiunto il mercato», penetrando nel dominio del diritto civile fin lì considerato come il tipico diritto dei fatti economici²: l'Adunanza Plenaria, del resto, ha recentemente ricordato che la regolazione tariffaria, di per sé, «sottrae il corrispettivo del gestore alle libere negoziazioni di mercato»³, erodendo dunque uno spazio altrimenti riservato al diritto dei privati.

I continui riferimenti della dottrina a «confini» (da difendere), «frontiere» (entro cui rinserrarsi), «territori» (da proteggere), tuttavia, evocano, anche nella terminologia impiegata⁴, steccati disciplinari eretti su geometriche, ma sempre più sfuggenti, partizioni teorico-generalì (pubblico/privato)⁵ che talora impediscono

attuazione della sopraggiunta regolazione, si sostituiscono automaticamente alle clausole difformi, da qualificare come nulle per contrarietà a norma imperativa, secondo la previsione dell'art. 1419, comma 2, c.c. Sull'eterointegrazione del contratto e sui suoi meccanismi di funzionamento, possono leggersi i contributi di G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Giuffrè, Milano, 1994, p. 492 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in *Il contratto, Trattato a cura di P. Rescigno*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 1019 ss.; R. SACCO, voce *Sostituzione delle clausole contrattuali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., Utet, Torino*, 2012, p. 996 ss. Sul più specifico tema dell'eterointegrazione dei contratti ad opera di atti delle autorità indipendenti, si vedano, invece, da diverse angolature, G. GITTI, voce *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012; D. SIMEOLI, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., Utet, Torino*, 2014; M. ORLANDI, *Autorità indipendenti e fonti sussidiarie*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 5 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, ESI, Napoli, 2012; M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, ESI, Napoli, 2015.

² In questi suggestivi termini, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 27. Sulla concezione del diritto privato come diritto comune dei rapporti economici, a prescindere dalla natura dei soggetti e degli interessi perseguiti, insiste F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, 1, Cedam, Padova, 1977, p. 129 s.

³ Cons. St., Ad.plen., 7 novembre 2025, n. 16, in materia di regolazione tariffaria del servizio idrico. La pronuncia della Plenaria appare, sotto diversi aspetti, rilevante, anche laddove torna (par. 6) sull'ormai «classico» tema dell'intensità del sindacato del giudice amministrativo sul potere regolatorio.

⁴ Sui confini del diritto amministrativo, si legga l'ampia indagine svolta da F. FRACCHIA, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Dir. econ.*, 2023, p. 247. Sui confini del diritto privato, oltre al classico studio di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Milano, 1963, p. 351 ss., si veda, specialmente, G. ALPA, *Diritto privato "e" diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I. *Teoria generale e storia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 60 s., il quale, pur rinunciando «a definire ulteriormente le nozioni delle due categorie, a tracciarne confini sempre più incerti», nell'«insufficienza dei singoli criteri distintivi», nella «labilità delle formule», nella «mobilità delle categorie», muove alla ricerca di possibili «elementi o fattori unificanti» idonei a «evidenziare le intersezioni, le sovrapposizioni, le osmosi delle due partizioni del diritto». Osserva, più in generale, S. CASSESE, *Regolazione e autonomia privata, ovvero come liberare la cultura giuridica dai lacci nazionalistici e positivisticì: il contributo di Marco D'Alberti*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 546, che «non hanno più ragion d'essere frontiere, barriere, recinti nei quali come giuristi ci siamo difesi o siamo rimasti prigionieri».

⁵ Ragion per cui si dovrebbe, piuttosto, procedere – sensibili alle contaminazioni (cfr. A. DI MAJO, *Diritto civile e amministrativo, si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, p. 781;

di muoversi nelle intersezioni, «alla luce dei problemi da risolvere», in una prospettiva pratica e pragmatica⁶ necessaria per affrontare i problemi di confine, quale, tipicamente, l'eterointegrazione ad opera di atti delle autorità di regolazione. In questa rinnovata visione, lo stesso contratto – e l'autonomia privata che lo sorregge – «non è un dogma, ma una creatura del tempo», ragion per cui, in concreto, «*le fonti regolative non trovano il contratto, ma fanno il contratto*»⁷. Del contratto pare dunque preclusa «una lettura chiusa, quasi che le parti, rinserrandosi nei suoi confini, potessero negare la loro appartenenza al mondo»⁸, ossia al mutevole contesto di riferimento che, nei settori sensibili, è ormai quello dello Stato regolatore, lo Stato delle autorità indipendenti munite di poteri di regolazione tariffaria e della qualità dei servizi di pubblica utilità⁹, entrambi incisivi sui contratti in essere.

Mettendo a fuoco la visuale d'indagine, si può osservare come sia la fonte-“soggetto” eterointegrante – i regolatori indipendenti dei mercati – che l’“oggetto” dell'eterointegrazione – il contratto (di servizio) – si collochino, in maniera esemplare, al confine tra diritto pubblico e privato. Le concessioni di servizi costituiscono, infatti, da sempre un istituto sospeso tra *imperium* pubblico e volontà del privato, tra costruzione unilaterale-pubblicistica e costruzione privatistica¹⁰. Calandosi, dalla teoria della concessione amministrativa¹¹ alla pratica della regolazione dei servizi d'interesse economico generale, l'istituto di riferimento è, propriamente, il contratto di servizio, tipizzato per la prima volta dalla

G. VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quad. fiorentini*, 2022, p. 473 ss.) – alla ricerca di quei «fattori unificanti» di cui parla il già citato G. ALPA, *Diritto privato “e” diritto pubblico. Una questione aperta*, comunque rinvenibili anche nell'ambito della «grande dicotomia» (N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, p. 2187 ss.) che costituisce, nel suo insieme, una «unità vivente e vitale, un organismo»: così S. PUGLIATTI voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc.dir.*, Milano, 1998, p. 697.

⁶ In tal senso, G.D. COMPORI, *La strana metafora della “terra di nessuno”: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, p. 529 ss.; sulla «strana voglia di confini» che ancora oggi spesso emerge nei discorsi degli studiosi, può leggersi, dello stesso Autore, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir.econ.*, 2024, p. 11 s.

⁷ N. IRTI, *Contratto e fonti regolative*, in M. DE FOCATIIS-A. MAESTRONI (a cura di), *Contratti dell'energia e regolazione*, cit., p. 1. Sull'intreccio di fonti, pubbliche e private, che contribuiscono ormai a comporre la disciplina del contratto, si veda U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 394 ss.

⁸ S. RODOTÀ, nell'*Introduzione*, XIII, a *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004 (ristampa integrata dell'edizione originaria del 1969).

⁹ Regolazione tariffaria e della qualità sono competenze espressamente richiamate, con funzione ricognitiva, dall'art. 6, comma 1, del testo unico dei servizi pubblici locali (d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), a conferma di un sistema interconnesso in cui disciplina tariffaria, della trasparenza e della qualità sono dirette, sinergicamente, a perseguire gli obiettivi di carattere economico, sociale e ambientale della regolazione di settore. Il sistema della regolazione, fissando determinati standard di qualità nell'erogazione del servizio, deve, infatti, scongiurare il rischio che i gestori reagiscano ad azioni regolatorie volte a contenere i costi abbassando la qualità dei servizi offerti.

¹⁰ Cfr. G. PERICU, *Le concessioni tra pubblico e privato*, in M. CAFAGNO-A. BOTTO-G. FIDONE-G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 5 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 6 ss.

¹¹ Sull'importanza del dibattito sulla natura della concessione amministrativa, financo per la formazione dei “principi di sistema” del diritto amministrativo, si concentra F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1273 ss.; *recentius*, M. RENNA, *Le concessioni autostradali: spunti a partire dai contributi di Marco D'Alberti*, in *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 717, ricorda come le concessioni amministrative abbiano costituito «una sorta di palestra in cui “mettere alla prova” l'attitudine delle categorie a spiegare i fenomeni i fenomeni che il diritto positivo e la sua applicazione pratica sottoponevano, e tuttora sottopongono, all'approfondimento degli studiosi».

normativa comunitaria dei trasporti¹², che rappresenta una sorta di «anello di congiunzione tra la regolazione e la gestione» e al quale viene riconosciuta una natura ibrida d'«istituto bicefalo, in parte contratto ed in parte provvedimento»: con una parte paritetica dedicata ai reciproci diritti ed obblighi e l'altra, autoritativa, che definisce invece le regole della gestione e i poteri di verifica e controllo della parte pubblica¹³.

Volgendo lo sguardo alla fonte-“soggetto” dell'eterointegrazione, non si può, poi, non ricordare come, fin dal seminale studio di Predieri, le autorità indipendenti inverino le istituzioni dello «Stato osmotico», inteso come quel modello di Stato che tende a realizzare una compenetrazione dello Stato apparato con il mercato, le imprese, la società¹⁴, sino a far emergere nuove funzioni statali di eterocorrezione ed eterocomposizione del mercato¹⁵. Lungo questa linea di pensiero il *proprium* della regolazione è stato in seguito individuato nel potere di adottare atti amministrativi sostitutivi di negozi privati¹⁶, posti in essere per ristabilire la *par condicio* concorrenziale¹⁷. Una più che decennale giurisprudenza, affrontando *ex professo* il tema dei rapporti tra regolazione indipendente (del settore energetico) e autonomia contrattuale, ha, quindi, descritto il diritto della regolazione come ontologicamente «eterogeneo» e «misto, collocato a cavallo tra sistema pubblico e privato». Gli effetti della regolazione indipendente si manifestano, difatti, su più livelli. Sicché, innanzitutto, «La regolazione investe un determinato mercato di rilevanza economica, con l'effetto di “conformarne” le regole di funzionamento: a livello macro, definendone i caratteri morfologici di struttura». La regolazione è, però, destinata a incidere oltre la morfologia dei mercati, per penetrare fino «a livello micro (ovvero dei singoli rapporti giuridici), prescrivendo regole di condotta agli operatori economici (in termini di prezzi, garanzie, regimi di tutela)». In quest'ottica, pertanto, «regolare il mercato significa incidere anche sulla disciplina dei contratti», elevando gli atti di regolazione (tariffaria) a fonti sussidiarie. Ragion per cui – conclude il giudice amministrativo – il «fenomeno di “amministrativizzazione” del contratto vede la regolazione intenta, non solo a condizionare lo svolgimento dell'autonomia privata, ma talvolta anche a limitarne il campo elettivo di esplicazione (consistente nel determinare il contenuto delle pattuizioni)»¹⁸.

¹² Cfr. l'art. 14, regolamento n. 1191/69/CE. Nella legislazione nazionale, il contratto di servizio è espressamente previsto in vari articoli del d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, ossia negli artt. 8, 9, 17, 18 e nell'art. 19, che elenca i principali contenuti del contratto di servizio.

¹³ Cfr. M. DUGATO, *Regolazione e gestione del trasporto pubblico locale tra principi generali e discipline di settore*, in F. ROVERSI MONACO-G. CAIA (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, Volume I, *Principi generali e disciplina di settore*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, p. 23. In simili termini, cfr. già C. MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995, Giuffrè, Milano, 1997, p. 84 s.

¹⁴ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, pp. 5 ss. e 53.

¹⁵ A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 83 s.

¹⁶ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 69: «la pubblica amministrazione, *sub specie* di autorità amministrativa indipendente, fa quello che i privati non fanno o non vogliono fare, sostituendo a negozi privati decisioni amministrative».

¹⁷ E ciò nella logica della regolazione mimetica, che mima una concorrenza inesistente in natura (dove c'è il monopolio naturale), anche mediante l'imposizione di obblighi di *third party access*, per consentire la connessione di terzi- “nuovi entranti” alle infrastrutture essenziali che l'autonomia privata, da sola, non riesce a garantire.

¹⁸ In questi perspicui termini si è espresso TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 14 marzo 2013, n.

Regolatori indipendenti, la funzione di regolazione, l'“ossimorico” contratto di concessione e l'eterointegrazione in via amministrativa dei negozi sono, dunque, tutti istituti che si collocano – presi singolarmente e nel loro complesso intreccio – sull'ormai denso confine tra diritto pubblico e diritto privato, ponendo rilevanti questioni pratiche da risolvere. Su queste basi, nei paragrafi che seguono si getterà, quindi, luce sulla meccanica dei sistemi di regolazione dei servizi, visti essenzialmente nel profilo dinamico dell'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria di fonte pubblica sui contratti in essere, in termini di tutela della buona fede e dell'affidamento: principi-cardine della regolazione amministrativa dei mercati che affondano, anch'essi, le proprie radici nel diritto privato.

2. Dalla regolazione per contratto alla regolazione per autorità indipendente

L'eterointegrazione dei contratti, prima ancora che sul continuo flusso della regolazione nei settori regolati, consente di concentrare l'attenzione sul momento in cui un determinato settore entra nel dominio della regolazione indipendente, quando la sopraggiunta disciplina tariffaria – fonte eteronoma del contratto – va a impattare sull'autonomia contrattuale, nella transizione da una regolazione “per contratto” ad una “per autorità indipendente”, che segna l'evoluzione dell'assetto di governo dei servizi da una dimensione essenzialmente locale-comunale ad una accentrata (sul regolatore nazionale) o anche duale (impennata cioè su regolatori locali-enti di governo d'ambito e regolatore nazionale)¹⁹, ma comunque “a trazione nazionale”, con un regolatore terzo e indipendente posto al vertice del sistema della regolazione – creatore e verificatore (allorché approva la proposta tariffaria degli enti d'ambito) del metodo tariffario –, a garanzia dell'efficienza e della redditività delle gestioni. In questa prospettiva, il profilo davvero sensibile è dato dall'incidenza delle nuove determinazioni tariffarie rispetto ai contratti in essere (contratti di servizio/concessioni-contratto), nella misura in cui le sopraggiunte previsioni regolatorie sono destinate a penetrare all'interno del regolamento pattizio.

683 (la controversia decisa dal giudice amministrativo ruotava attorno al potere dell'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente-ARERA) di eterointegrare i contratti di fornitura di energia elettrica, prevedendo un corrispettivo pecuniario “CMOR” che, in caso di passaggio del cliente finale da un venditore ad un altro, il venditore “entrante” può, entro sei mesi, riscuotere dal cliente finale moroso nei confronti del venditore “uscente”). Sul «contratto amministrato» nel settore dei servizi di pubblica utilità e sulla possibile coesistenza tra potere normativo delle autorità indipendenti – che si manifesterebbe mediante atti amministrativi “negoziati” – e autonomia contrattuale, degno d'interesse appare il tentativo ricostruttivo, in chiave neocorporativa, di G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id., *Disciplina contrattuale del mercato e decisione robotica*, Morcelliana, Brescia, 2020, p. 82 ss.

¹⁹ La norma centrale per la definizione di un simile modello di regolazione duale, applicato nel settore idrico, dei rifiuti e del trasporto pubblico locale, è costituita dall'art. 3-bis, d.l. 16 settembre 2011, n. 138 (convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148) che, per lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede un modello organizzativo per ambiti o bacini territoriali ottimali (comma 1) governati da enti d'ambito, cui spettano le funzioni di organizzazione del servizio, scelta della forma di gestione, affidamento e controllo della gestione, nonché di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza (comma 1-bis). A chiusura e al centro del sistema, un simile modello di *governance* multilivello prevede, indefettibilmente, un regolatore centrale indipendente, rendendo in tal modo applicabili le norme contenute nell'art. 3-bis, in materia di ambiti e organizzazione dei servizi locali, «ai settori sottoposti alla regolazione ad opera di un'autorità indipendente», ivi compreso il settore dei rifiuti (comma 6-bis).

Poiché l'eterointegrazione avviene per mezzo di atti amministrativi generali-manifestazione del potere (tariffario), la conseguenza giurisdizionale non può che essere il sindacato del giudice amministrativo su tali atti che si realizza, essenzialmente, applicando i classici principi limitatori della discrezionalità, legalità e affidamento *in primis*. Il principio di legalità viene, quindi, in rilievo sotto il consueto profilo della raffrontabilità dei poteri esercitati dal regolatore rispetto al precetto normativo. Sul punto la giurisprudenza, dopo aver ripetuto che «la delega normativa non può compendiarsi nella sola attribuzione di competenza amministrativa, ma deve accompagnarsi a che da un corredo “minimo” di direttrici sostanziali riferite (quantomeno) agli scopi, all’oggetto ed ai presupposti», è giunta a negare la sussistenza di impliciti poteri d'eterointegrazione, affermando che «deve escludersi la possibilità di desumere poteri impliciti di incisione *ab externo* sul contratto da disposizioni che individuano soltanto le finalità dell'azione amministrativa»²⁰.

Ciò posto, la storia recente della regolazione idrica, dei rifiuti e dei trasporti insegna che il primo problema che sempre si pone quando un settore entra nella sfera della regolazione è quello dell'incidenza delle nuove determinazioni tariffarie sui contratti già in essere e, quindi, della potenziale lesione dell'affidamento riposto dalle imprese esercenti il servizio nelle condizioni pattuite. È, dunque, un problema di efficacia della regolazione nel tempo, di retroattività e di certezza che, in giurisprudenza, viene affrontato alla luce del doppio scrutinio di legalità/prevedibilità, superato il quale la regolazione, anche ove peggiorativa delle precedenti pattuizioni, deve essere recepita in tutti gli atti convenzionali che informano il rapporto sinallagmatico. Più che sulla natura di un potere cangiante – tra accertamento tecnico di costi efficienti e scelta politico-discrezionale²¹ –, merita, pertanto, soffermarsi sugli effetti del potere tariffario, specialmente quando esso si manifesta per la prima volta, facendo attrito con la logica conservativa del *pacta sunt servanda*. Un potere che impatta su rapporti sinallagmatici cristallizzati, infatti, è di per sé suscettibile di ledere l'affidamento e pregiudicare la certezza del diritto, nelle rispettive dimensioni soggettiva e oggettiva. Sotto il primo profilo, la tutela dell'affidamento si realizza, come noto, accordando protezione alla «pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente»²² che si tende a mantenere. Nella prospettiva oggettiva della certezza del diritto, la buona fede si pone invece, non soltanto come fonte legale d'integrazione del contratto²³, ma anche

²⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2020, n. 4385, che conclude: «In definitiva, essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiede un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti». In senso conforme, cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2018, n. 6330. Il problema dei poteri impliciti d'eterointegrazione non sfugge neppure alla dottrina civilistica: cfr., specialmente, A. AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, I, 2020, p. 194 ss. e, in termini più generali, V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e “funzionalizzazione” del contratto*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, ESI, Napoli, 2008, p. 1623, e E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 268.

²¹ Su questo profilo – nodale e assai dibattuto – negli studi sulla regolazione (tariffaria), si vedano, da diverse posizioni, E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, p. 154 ss., e G. MORBIDELLI, *Separazione dei poteri e autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2025, p. 454 ss.

²² Così, chiaramente, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in questa *Rivista*, 2016, p. 14.

²³ In tema, può leggersi *amplius* C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000,

come «norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa, regolamentare e ora anche comunitaria»²⁴ e, per questa via, la certezza delle regole si può ergere a «norma principio di chiusura» dell'ordinamento europeo²⁵. Il principio, invero, «si colloca 'a monte', e non 'a valle' anche della disposizione legislativa che definisce il potere»²⁶ e, pertanto, da tempo «viene tutelato, sia nel diritto costituzionale che nel diritto amministrativo, perché esiste un principio generale di buona fede che ne impone la ponderazione al momento di legiferare o di emanare un provvedimento amministrativo»²⁷. Seguendo queste chiare coordinate, a risultare potenzialmente critico è, in effetti, tanto il momento in cui la legge attribuisce *ex novo* un potere tariffario incisivo dell'autonomia contrattuale, quanto il successivo momento d'esercizio di tale potere. Ciò per l'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria, in termini di diritto intertemporale, nonché per il condizionamento rispetto alle scelte imprenditoriali che il mutamento del metodo tariffario inevitabilmente produce, nella irriducibile tensione tra la attesa stabilità della precedente metodologia e l'instabilità generata da un fattore – il nuovo metodo tariffario –, in ipotesi anche astrattamente prevedibile, ma pur sempre suscettibile di modificare risultati economici programmati.

La stessa legittimità della sopravvenienza regolatoria, come detto, va sindacata alla luce dei principi di legalità – *sub specie* di predeterminazione normativa – e dell'affidamento-prevedibilità, per verificare se la fiducia riposta dagli operatori economici nelle superate prospettazioni tariffarie possa essere legittimamente delusa. Ed è ciò che ha fatto, trasversalmente nei diversi settori regolati, la giurisprudenza amministrativa che ha riconosciuto alle autorità indipendenti poteri di eterointegrazione dei contratti in essere soltanto in presenza di una puntuale base normativa legittimante e ritenuto, quindi, legittimo il loro esercizio solo ove improntato al canone della prevedibilità, commisurato alla diligenza *quam in suis* di un operatore professionale operante in un mercato regolato.

L'analisi che segue, condotta alla luce del formante giurisprudenziale, si soffermerà dunque, settore per settore, sul concreto esercizio del potere tariffario – il potere per eccellenza dei regolatori – e sulla sua (autorizzata *ex lege*) forza eterointegrante, in grado di incidere sulla libertà contrattuale *ab externo*, sconvolgendo assetti consolidati e, in ultimo, la certezza dei mercati²⁸.

p. 500 ss., nonché M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, I, 1994, p. 2168.

²⁴ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 8.

²⁵ F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 9.

²⁶ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 12.

²⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 251.

²⁸ Con riferimento al settore idrico, il meccanismo d'inserzione nel contratto di determinazioni tariffarie di fonte pubblica (ARERA, nella specie) si staglia in Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2024, n. 6744 (ord.). Un simile meccanismo opera, come sopra accennato, anche per le determinazioni adottate in ordine ai livelli di qualità del servizio le quali «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» (art. 2, comma 37, legge n. 481/1995). La Cassazione (Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 896, con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, p. 909 ss.) ha affermato, al riguardo, che l'integrazione, *ex art. 1339 c.c.*, del regolamento di servizio – ossia delle condizioni generali di contratto cui debbono adeguarsi i singoli contratti di utenza – si risolve in via mediata in una integrazione autoritativa dello stesso contratto d'utenza, a condizione che si tratti di norme di contenuto dispositivo, e non imperativo, e che l'eterointegrazione avvenga a favore degli utenti (per Cass., Sez. III, n. 16401/2011, l'eterointegrazione è, pertanto, «da

3. Nel dominio della regolazione: l'impatto del metodo tariffario nei settori regolati

Il fine ultimo della regolazione può essere rinvenuto nella certezza: creare un quadro regolatorio coerente e stabile e infondere fiducia nei contesti di riferimento, quali condizioni essenziali per ogni razionale programmazione economica delle imprese e per attrarre investimenti infrastrutturali connotati da lunghi tempi di ritorno. Se si accoglie questa prospettiva, l'effetto virtuoso della regolazione è costituito, in primo luogo, dal segnale preventivo diffuso nei mercati: in tal senso, la regolazione è «necessariamente 'preventiva'»²⁹, a garanzia di investimenti di lungo periodo. Nel caso dell'eterointegrazione, la regolazione (tariffaria) è, invece, oltreché *esterna*, nel senso che promana da un soggetto terzo rispetto alle parti del rapporto concessorio, anche necessariamente *successiva* rispetto alle condizioni pattuite nelle convenzioni in essere.

Esterna, perché nel modello della concessione-contratto lo Stato, nella sua veste di concedente, è parte di un contratto di durata, mentre nella sua configurazione indipendente (Stato regolatore) adotta il metodo tariffario, predefinendo le voci di costo, e seleziona, quindi, gli interventi da remunerare in tariffa, instaurando un collegamento trasparente e uniforme su tutto il territorio nazionale tra variazioni dei corrispettivi tariffari, obblighi assunti dai gestori e qualità delle prestazioni erogate.

Successiva, perché il tema dell'eterointegrazione dei contratti ad opera di atti delle autorità indipendenti porta naturalmente a ragionare sul momento, cruciale nella dinamica intertemporale della regolazione, in cui la disciplina regolatoria eterointegra, con effetti sostitutivi *ex post*, i rapporti sinallagmatici (ex artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.). In proposito, si può, nondimeno, osservare come la regolazione, per la sua intrinseca connotazione procedurale (la legalità procedurale del *notice and comment* che anticipa al mercato i contenuti essenziali del progetto regolatorio), nonché per l'ineludibile vincolo della legalità sostanziale/predeterminazione normativa³⁰, non perda mai del tutto il proprio carattere "preventivo", per quanto l'alterazione di pattuizioni ritenute ormai cristallizzate ponga, inevitabilmente, a rischio l'affidamento.

Tracciate queste essenziali coordinate, pare possibile gettare luce sulla meccanica di funzionamento del sistema di regolazione, nel suo profilo dinamico e intertemporale dato dall'impatto della sopravvenuta disciplina tariffaria, con una analisi mirata settore per settore. S'impone, allora, per forza di cose, un metodo d'indagine «fenomenologico»³¹, aderente alla realtà effettuale dei differenti ambiti regolati e sensibile al dato giurisprudenziale. A cominciare dalla più risalente

restringere sotto il profilo funzionale in senso unidirezionale, cioè sia limitata ad una deroga a favore dell'utente o del consumatore»). La questione risolta dalla Suprema Corte nasceva dalla delibera 200/1999 con cui l'allora Autorità per l'energia aveva imposto al gestore «di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» (art. 6, comma 4). Sui presupposti del potere d'integrazione si sofferma, a partire dalla stessa Cass. n. 16401/2011, M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'Angelo-V. Roppo, Giappichelli, Torino, 2013, p. 54 ss.

²⁹ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 20.

³⁰ Sulla legalità, nelle diverse forme procedurale e sostanziale e sui loro rapporti, si appunta l'analisi di G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 749 ss.

³¹ Che mira alla «continua aderenza ai fatti, ai dati, agli sviluppi e alle tendenze evolutive della realtà»: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 9.

vicenda della regolazione idrica dove, tuttavia, la questione della tutela dell'affidamento si è posta in termini meno problematici rispetto a quanto avvenuto in settori limitrofi. L'art. 3, comma 1, lett. e), d.P.C.M. 20 luglio 2012, con cui sono state dettagliatamente individuate le funzioni spettanti ad ARERA nel settore, infatti, espressamente consentiva al regolatore di modificare le clausole contrattuali regolative del rapporto tra enti d'ambito e gestori³². Una simile previsione manca, invece, nel settore dei rifiuti, con l'effetto di porre *ab initio* ineludibili questioni di diritto intertemporale (retroattività) e di protezione dell'affidamento, alla luce del rilevante condizionamento che ogni regolazione tariffaria esercita sull'attività di gestione del servizio, orientandone le scelte di fondo³³. La nuova regolazione tariffaria dei rifiuti ha, fin da subito, fatto attrito su fattispecie non ancora esauritesi – i contratti in essere – (retroattività impropria) e su fattispecie esaurite – le componenti a conguaglio 2018-2019 – (retroattività propria), in modo potenzialmente pregiudizievole delle situazioni soggettive dei gestori del servizio che hanno immediatamente impugnato il primo metodo tariffario (la delibera 443/2019/R/rif) dinanzi al giudice amministrativo per violazione del principio di affidamento, nonché del principio di legalità³⁴.

Al tempo, lo scarso quadro giurisprudenziale era essenzialmente costituito dalla giurisprudenza formatasi in tema di regolazione energetica, piuttosto restia nel riconoscere ad ARERA poteri di eterointegrazione contrattuale in assenza di una puntuale base normativa legittimante, sull'assunto di fondo che «essendo il potere di autoregolamentazione dei privati attribuito dalla legge, la “conformazione amministrativa” del contratto richiederebbe un fondamento normativo avente pari rango nel sistema delle fonti»³⁵. I ragionamenti della

³² «[...] impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le autorità competenti e i gestori del servizio idrico integrato ai sensi dell'art. 2 c. 186-*bis* della legge 23 dicembre 2009 n. 191».

³³ Sulla tutela dell'affidamento nei mercati regolati energetici, si segnalano, ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, che ha giudicato illegittima la modifica operata dall'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas al sistema di valorizzazione dell'energia elettrica, in quanto incidente «su contratti di fornitura già stipulati», nei confronti di soggetti che non potevano «programmare in modo diverso la propria attività imprenditoriale»; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 marzo 2006, n. 538, incentrata sul principio di irretroattività del provvedimento «che contenga statuizioni di minor favore per il destinatario», «tanto più valido nei casi in cui incida [...] su un'attività di impresa che viene svolta in affidamento su una predefinita quantificazione dei costi di fruizione di servizio ad essa necessario». Ritiene, invece, insussistente un legittimo affidamento dell'impresa Cons. Stato, Sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2260, sulla base dell'assunto per cui, nella fattispecie, «L'imprevedibilità è da respingere sulla base della consultazione con gli operatori economici che ha preceduto le delibere gravate», con «la presenza di vari elementi di conoscenza o conoscibilità di possibili modifiche del sistema, secondo l'apprezzamento imposto dalla diligenza media dell'operatore economico».

³⁴ Tra i principali motivi di ricorso, articolati in tre distinti ricorsi (tutti respinti, o dichiarati inammissibili, con sentenze TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 30 giugno 2020, nn. 1247, 1248, 1249), figura la doglianza relativa alla operata riduzione retroattiva della tariffa ritenuta, quindi, insuscettabile, come tale, di essere inserita dal gestore del servizio nel piano economico finanziario, con l'effetto di non garantire la remunerazione dei costi e del margine di profitto con riferimento agli anni 2018 e 2019; alla luce delle prospettazioni dei ricorrenti, le determinazioni tariffarie assunte da ARERA sarebbero state, dunque, adottate in violazione del principio del legittimo affidamento.

³⁵ Cfr. il già citato TAR Lombardia, Milano, n. 683/2013. Sull'impossibilità, in assenza di norme che contemplino la traslazione in capo ai *traders* dell'obbligazione gravante sui clienti finali, di ricorrere, a tal fine, al potere di eterointegrazione dei contratti intercorrenti tra soggetti della filiera elettrica, si vedano la successiva pronuncia del TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 gennaio 2017, n. 237, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182; più di recente, alla luce di coordinate ricostruttive analoghe, in punto di conformazione amministrativa del contratto, a quelle di TAR Lombardia, Milano, n. 683/2013, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 6891.

giurisprudenza erano, allora, tutti incentrati sul profilo della raffrontabilità dei poteri esercitati dal regolatore rispetto al precetto normativo, senza troppo indulgere sugli altri principi-limitatori immanenti all'ordinamento economico, ossia la tutela soggettiva dell'affidamento e l'oggettiva certezza del diritto. La giurisprudenza in materia di rifiuti accorda, invece, rilievo, per la prima volta, oltre che alla sussistenza del potere (tariffario), alla prevedibilità del suo esercizio. In questo modo, la tutela dell'affidamento prende forma attraverso «una figura dai confini non sempre certi, come è la “prevedibilità” di un evento o di una disciplina»³⁶ che, se non può tradursi in una statica immodificabilità del sistema tariffario³⁷, comporta, comunque, una valutazione di ragionevolezza e proporzionalità del regime giuridico sopravvenuto. Utilizzando tale parametro, il giudice amministrativo ha quindi ritenuto che, risalendo al 2017 (art. 1, comma 527, lett. f), legge n. 205/2017) la norma attributiva del potere tariffario (secondo lo schema della tariffa-corrispettivo) ed essendo stato pubblicato già il 27 dicembre del 2018 (713/2018/R/rif) il primo documento di consultazione contenente «orientamenti preliminari per la definizione dei provvedimenti tariffari»³⁸, gli operatori di settore erano stati, a suo tempo e in varie forme, avvertiti degli effetti – caducatori del vecchio metodo normalizzato – connessi alla sopravvenuta regolazione tariffaria. Assumendo, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, la prevedibilità come «elemento significativo ai fini della ponderazione fra i vari interessi contrapposti»³⁹, la nuova disciplina è, pertanto, risultata, nel suo complesso, non lesiva dell'affidamento, soprattutto nei confronti di operatori professionali tenuti alla specifica diligenza professionale; a maggior ragione, nella misura in cui l'esercizio del potere tariffario da parte di ARERA è sembrato, altresì, rispondere al canone della proporzionalità inверtasi nel gradualismo e nella asimmetria caratterizzanti la nuova regolazione. Per queste ragioni il giudice amministrativo ha ritenuto, dunque, «prevedibile e ragionevole rispetto alle ragioni imperative di interesse generale con esso perseguite» anche l'applicazione retroattiva del nuovo metodo. L'Autorità, infatti, aveva per tempo reso noto agli esercenti il servizio che il vecchio metodo normalizzato sarebbe sopravvissuto soltanto fino all'approvazione della nuova metodologia, «per cui la sopravvenienza regolatoria non è idonea ad ingenerare in loro alcun affidamento sulla stabilità dei costi riconosciuti». Inoltre, nella logica del minimo mezzo, «la previsione di criteri di gradualità nell'applicazione del recupero del conguaglio tariffario su base pluriennale» è stata ritenuta «idonea ad attenuare gli eventuali effetti perversi sull'organizzazione dei fattori di produzione». Per il giudice l'avvenuta eterointegrazione dei contratti di durata in corso di esecuzione è

³⁶ Cfr., in generale, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 19.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4069, in materia di canoni d'utilizzo della rete ferroviaria, dove si afferma, decisamente, che «non può sussistere un diritto dell'impresa all'“immodificabilità” del sistema tariffario».

³⁸ ARERA, nel procedimento che ha portato all'adozione del primo metodo tariffario, ha peraltro messo in campo un vero e proprio campionario di strumenti partecipativi, in forma scritta e orale, con *round* multipli di consultazione a progressiva focalizzazione, dando vita ad un dialettico confronto con le associazioni degli enti d'ambito e degli operatori attraverso un seminario nazionale e la creazione di appositi *focus group* con i gestori, utilizzati per affrontare specifiche problematiche (ad es. la gradualità delle componenti tariffarie a conguaglio, il riconoscimento dei costi per le attività di prevenzione ex art. 9, direttiva 2008/98/CE).

³⁹ Così A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 19.

risultata, in definitiva, «compatibile con l'efficacia retroattiva del metodo regolatorio», poiché «rientra nello sforzo esigibile dal gestore del servizio la previsione di razionali sviluppi dell'intervento regolatorio, in relazione alle finalità fissate dal legislatore, e la relativa conformazione ad esso dell'attività imprenditoriale»⁴⁰.

Anche nel settore autostradale, l'intervento tariffario dell'Autorità di regolazione dei trasporti sulle concessioni in essere ha richiesto una apposita base normativa legittimante, costituita dall'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, come modificato dall'art. 16, d.l. 28 settembre 2018, n. 109, convertito dalla legge 16 novembre 2018, n. 130⁴¹. Tale disposizione, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza, ha attribuito all'Autorità dei trasporti «un potere particolarmente invasivo di incidenza sugli equilibri delle concessioni autostradali [...] esteso anche ad ogni aggiornamento o revisione delle concessioni in essere, con attribuzione di un potere puntuale di incidenza su equilibri contrattuali in essere»⁴². Le delibere del regolatore dei trasporti adottate nell'esercizio di tale potere sono state più volte sottoposte al vaglio di legittimità del giudice amministrativo che, a fronte dell'incisione di rapporti negoziali cristallizzati, ha individuato il punto di equilibrio nel «principio della certezza del diritto, del quale è espressione la tutela del legittimo affidamento» il quale «imporrebbe piuttosto, in presenza di interventi normativi incidenti in maniera sfavorevole sui destinatari, che la norma sia chiara, precisa e prevedibile quanto agli effetti che gli sono propri senza, tuttavia, legittimare un pieno affidamento circa il fatto che non potrà mai intervenire nel futuro alcuna modifica legislativa impattante sulla disciplina vigente»⁴³. Non sembra sussistere, in altri termini, un diritto dell'impresa all'"immodificabilità" del regime tariffario, ragion per cui un sistema che contempra l'efficacia sostitutiva dello *jus superveniens* di fonte regolatoria su ogni clausola diversa o contraria, ex art. 1339 c.c., è da ritenersi, in astratto, perfettamente legittimo dal punto di vista (anche) costituzionale ed unionale⁴⁴. Ciò posto, in via generale, un sindacato giurisdizionale che abbia di mira anche la tutela dell'affidamento non può non prendere in considerazione le modalità concrete impiegate dal regolatore per realizzare l'effetto prefigurato dalla norma attributiva del potere. Sicché «sussiste una legittima pretesa dell'impresa a che il passaggio tra i due regimi tariffari tenga conto degli effetti che ciò può creare sul proprio equilibrio finanziario, se del caso attraverso misure quali la previsione di un regime transitorio, tempistiche dilazionate nel tempo ed eventuali oneri spalmati su più anni»⁴⁵. La giurisprudenza tende, quindi, a mettere in rilievo l'utilità di «norme "transitorie", che consentano di rendere meno traumatico il passaggio dalla precedente normativa a quella nuova, permettendo ai soggetti interessati di adeguarsi allo *jus superveniens* senza subirne un pregiudizio eccessivo»⁴⁶.

⁴⁰ TAR Lombardia, Milano, Sez. I, n. 1249/2020 cit.

⁴¹ L'impatto del nuovo metodo tariffario sui rapporti in essere ha subito posto una questione di tutela dell'affidamento, messa in luce da G. GRASSO, *Le nuove dinamiche regolatorie del regime tariffario tra "efficienza" ed "affidamento"*, in D. GRANARA (a cura di), *Le autostrade. La linea dritta e le linee del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 245 ss.

⁴² TAR Piemonte, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 384. In merito, si vedano, altresì, TAR Piemonte, Sez. II, 1 febbraio 2019, n. 117; TAR Veneto, Sez. I, 25 novembre 2020, n. 1128.

⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3484. Si vedano anche i sopracitati TAR Veneto, Sez. I, n. 1128/2020 e TAR Piemonte, Sez. II, n. 117/2019.

⁴⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3484/2022, che sul punto si rifà alle pronunce della Corte costituzionale n. 89 del 26 aprile 2018, e della Corte di Giustizia UE, Sez. I, 11 giugno 2015, n.98.

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2022, n. 8765.

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2021, n. 4069.

Nello specifico, il giudice amministrativo sembra aver valutato la legittimità dell'intervento regolatorio alla luce di due principali elementi: l'efficacia temporale delle nuove previsioni, se retroattiva o valevole soltanto per il futuro; il complessivo percorso riformatore che, dalla regolazione per contratto, fa transitare il settore autostradale nel dominio della regolazione indipendente, tenuta a costruire le regole attraverso il processo conoscitivo del *notice and comment*. Un modello partecipativo, quest'ultimo, di matrice anglosassone che, oltre a innervare la legalità procedurale delle autorità e colmare le asimmetrie informative che inevitabilmente le affliggono, serve proprio a scongiurare il rischio che gli operatori economici si trovino a subire *ex abrupto* una regolazione imprevedibile, non disponendo del tempo necessario per programmare la propria attività, adeguandosi alle nuove regole.

Sotto il primo profilo, di diritto intertemporale, il Consiglio di Stato, «riconosciuta l'esistenza di esigenze di interesse pubblico alla ridefinizione del sistema tariffario vigente», ha stabilito che «la nuova disciplina tariffaria, non si presenta come imprevedibile né interviene con effetti retroattivi sulle tariffazioni», disponendo «unicamente *pro futuro*»⁴⁷, senza incidere dunque in alcun modo su effetti già prodotti o su rapporti o periodi esauriti. Quanto alla prevedibilità delle intervenute modifiche tariffarie, il giudice amministrativo ha, piuttosto, osservato come l'«illustrato percorso» (il giudice ripercorre in dettaglio le tappe del percorso riformatore che ha condotto alla ridefinizione del regime tariffario) e «la obiettiva rilevanza delle esigenze che lo determinavano, da lungo tempo oggetto di dibattito, escludono che possa rinvenirsi un profilo di imprevedibilità o di sorpresa o di irragionevolezza nelle scelte oggi censurate»; tanto più che «Il procedimento avviato dall'Autorità in attuazione della richiamata disciplina normativa con la delibera n. 16/2019 ... si sviluppava mediante indizione di una consultazione pubblica in esito alla quale intervenivano 17 soggetti ...»⁴⁸. Gli operatori più accorti avrebbero, pertanto, avuto tutto il tempo per conformarsi alla sopravvenuta disciplina tariffaria, ampiamente preannunciata, a livello istituzionale, e poi posta in consultazione nelle sue previsioni di maggiore dettaglio.

Analizzata nel suo complesso, la giurisprudenza formatasi nel settore autostradale fa emergere, con riferimento alla tutela dell'affidamento, significativi elementi di continuità con la giurisprudenza costituzionale, soprattutto per quanto riguarda l'utilizzo della tecnica del bilanciamento e della ponderazione tra gli interessi. Una simile tutela "ponderativa" è stata, però, sottoposta a severa critica nella misura in cui pare suscettibile di offuscare l'auspicata tutela «forte» dell'affidamento «in quanto tale», intesa come «corollario del carattere 'generale' ormai riconosciuto al principio»⁴⁹. Il riferimento a *potiori* «esigenze di interesse pubblico alla ridefinizione del sistema tariffario vigente»⁵⁰ (che compare anche nella giurisprudenza in materia di rifiuti) può, infatti, fornire al regolatore un grimaldello utile per penetrare *ad libitum* negli assetti negoziali predefiniti,

⁴⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3484.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, n. 3484/2022 cit.

⁴⁹ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 16 s.

⁵⁰ Il Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 3484/2022 cit.) condivide, qui, la posizione del giudice di primo grado secondo cui il «principio di immodificabilità del contratto, in presenza di rapporti di diritto pubblico di durata pluriennale, trovi un ragionevole contemperamento quando si verta in tema di gestione di beni comuni di "rilievo strategico" e si renda necessario, in ragione di ciò, garantire il rispetto di *standard* di efficienza ed economicità a tutela dell'interesse degli utenti al mantenimento di adeguati livelli qualitativi del servizio».

finendo in questo modo per deprimere la più rigorosa protezione dell'affidamento dei privati, sul «postulato che l'interesse generale, in linea di principio, possa giustificare sempre il sacrificio dell'interesse individuale»⁵¹. Presa sul serio, la tutela dell'affidamento non dovrebbe invece esimere il giudice, pur in presenza di accertate esigenze sistemiche di ridefinizione del regime tariffario, da un puntuale e intenso sindacato in ordine alla legittimità di atti suscettibili di incidere anche retroattivamente su situazioni consolidate in relazione a periodi (quadranti regolatori) esauriti: la regolazione, teleologicamente orientata al “grande fine” della stabilità e della certezza, non dovrebbe poter stravolgere la programmazione degli operatori economici violando il divieto di retroattività propria⁵². In quest’ottica, non dovrebbe essere sufficiente a legittimare un atto tariffario retroattivo neppure la circostanza che esso sia prevedibile, o perché diretto a colmare in via retroattiva il vuoto di disciplina creatosi a seguito di un giudicato di annullamento di un precedente atto tariffario generale⁵³, o in quanto formalmente rispettoso della legalità procedurale, ritenuta idonea e sufficiente per affermare la prevedibilità di poteri (solo implicitamente) attribuiti ai regolatori. Altrimenti, una simile concezione debole – di tipo formale-procedurale – della prevedibilità potrebbe servire a sanare pressoché ogni lesione dell'affidamento, anche in presenza di labili basi normative legittimanti (poteri impliciti)⁵⁴,

⁵¹ «Postulato» messo in discussione, quale riflesso della tecnica del bilanciamento e di una tutela «ponderativa» dell'affidamento, da A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 25.

⁵² L'invito a prendere sul serio la tutela dell'affidamento è chiaramente formulato da A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, cit., p. 29: «Quando sono in gioco istituzionalmente attività economiche, utilizzare il canone generale del 'bilanciamento' significa optare per un sistema che enfatizza il 'rischio' rinunciando a un equilibrio effettivo con la 'fiducia'. In assenza di una ragione giuridica apprezzabile, viene sacrificata una tutela effettiva ('seria') dell'affidamento».

⁵³ Sul punto, in chiave critica, A. MARRA, *Ottemperanza al giudicato e regolazione retroattiva*, in questa *Rivista*, 2015, p. 199 ss.

⁵⁴ «fondati cioè sulla base di una previsione legislativa che solo 'implicitamente' li preveda, in quanto legati da un nesso di strumentalità con il potere esplicito»: Cons. Stato, Sez. II, n. 2255/2024 cit. La tentazione di esercitare poteri non espressamente attribuiti, in presenza di norme costruite su concetti giuridici indeterminati, principi, clausole o finalità generali, è sempre latente nella regolazione dei mercati. Meritevoli d'interesse appaiono, in tal senso, le recenti delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti n. 74 e n. 75/2025, di avvio della consultazione per la definizione del nuovo sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni autostradali, laddove il regolatore, in nome di generali finalità di contenimento dei costi per gli utenti (art. 37, comma 2, lett. a), d.lgs. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), sembra volersi spingere – in una sorta di visione “olistica” della regolazione di settore – oltre l'esercizio dei poteri tariffari (sulla base delle competenze intestate dalle lett. g) e g-bis) del medesimo art. 37, comma 2), per conformare in via amministrativa il profilo dell'equilibrio economico-finanziario dei rapporti concessori. Se non ci s'inganna, una simile prospettiva regolatoria emerge anche dalla *Relazione illustrativa* delle citate delibere che, al paragrafo n. 3, manifesta l'intenzione di ART di «scongiurare che eventuali casi di sovra compensazione dovuti a benefici economici non giustificati possano incidere sulla corretta traslazione del rischio operativo in capo al soggetto concessionario», ipotizzando, a tal fine, «l'adozione di un meccanismo di recupero [*id est*, obbligo sul concessionario di accantonare poste nel passivo dello stato patrimoniale del bilancio di esercizio in un fondo vincolato a disposizione dell'ente concedente per determinati scopi] finalizzato a preservare, da un lato, la redditività per il concessionario, e a garantire, dall'altro lato, che l'eventuale sovra-compensazione sia restituita nella disponibilità del concedente, a beneficio del sistema autostradale e degli utenti»; in caso di sotto-rendimento, si prevede, invece, che «intervengono le norme sulla revisione del contratto ai sensi dell'articolo 192 del Codice», ossia le ordinarie previsioni del d.lgs. 31 marzo 2025, n. 36. ART sembra, quindi, prospettare, in caso di sovra compensazioni, l'introduzione una misura di riequilibrio automatica

come se il *posterius* – la consultazione nell'esercizio del potere – potesse (in una sorta di inversione logico-giuridica) fondare o innervare il *prius*, ossia la necessaria previa attribuzione del potere da parte della legge⁵⁵.

4. Dalla concessione contratto al contratto di concessione eterointegrato. Nel prisma della buona fede e dell'affidamento

L'analisi che precede ha mostrato come, nel settore dei servizi di pubblica utilità, l'ibrido contratto di servizio sia ormai divenuto l'"oggetto privilegiato" della eterointegrazione, dando vita ad un regolamento contrattuale costruito sempre più anche per mezzo degli atti adottati dalle autorità indipendenti dotate di ampi poteri normativo-tariffari.

Il contratto di servizio è l'ultimo "volto" assunto dall'istituto, d'antica dogmatica, della concessione amministrativa (di servizi), fin dai più risalenti studi collocato sul confine tra diritto pubblico e diritto privato, in un territorio liminale su cui, come detto in apertura, concettualmente insiste la stessa eterointegrazione in via amministrativa del contratto. In un fondamentale studio d'inizio Secolo, Forti già muoveva dalla premessa secondo cui nella concessione amministrativa si rinviene «la coesistenza e l'influenza scambievole dei due diritti»: «una parte puramente convenzionale, che riguarda i soli rapporti tra l'Amministrazione ed il concessionario, ed una parte che concerne in modo diretto il pubblico servizio e le relazioni tra le due parti contraenti ed il pubblico». Da un simile intreccio, nella ricostruzione fortiana, prende forma il contratto di diritto pubblico⁵⁶, connotato da un «fondo contrattuale», ma con significativi elementi pubblicistici, che non consentono il «radicale ribaltamento in senso contrattualprivatista degli equilibri dogmatici ormai assestati nel solco profondo dell'unilateralismo pubblicistico»⁵⁷.

– da attivarsi al raggiungimento di determinate soglie –, che prescinderebbe dal normale *iter* delle procedure di riequilibrio che si snoda dall'istanza di riequilibrio fino all'eventuale accordo tra l'amministrazione-concedente ed il concessionario.

⁵⁵ Non si può che condividere, allora, il già citato Cons. Stato, Sez. II, n. 2255/2024, quando afferma che «Il deficit di legalità sostanziale non può essere «compensato» da una declinazione 'procedurale' del principio di legalità».

⁵⁶ Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, 1900, IV, spec. cc. 422 e 425, il quale muove, sulla scorta della dottrina tedesca, distinguendo tra concessioni unilaterali di beni pubblici (in tema *recentius* G.D. COMPORTI, *La concessione di beni pubblici: quel che resta dell'antico ius privilegium dell'amministrazione pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2024, p. 249 ss.) e concessioni bilaterali di servizi (p. 378 ss.) con obblighi, a carico tanto del concedente quanto del concessionario, di gestione del pubblico servizio ed in cui la volontà dell'amministrazione e quella del privato «s'intrecciano in modo da stabilire qualcosa di comune», avente «fisionomia giuridica di una forma contrattuale» (p. 396 ss.). La tesi di Forti verrà ripresa successivamente da G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 39, lungo un sentiero di ricerca puntualmente descritto da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 57 ss.

⁵⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, p. 132 ss., secondo cui vanno comunque «rivalutate le premesse generali dello sforzo teorico di Forti», nella specie «la sua critica compiuta alle distinzioni tradizionali tra pubblico e privato» basata sul criterio dell'*utilitas* (per Forti, p. 420 e nota 2012, il criterio discrezionale tra pubblico e privato non è, infatti, rinvenibile nel fine di pubblica utilità che l'amministrazione può perseguire anche quando «si spoglia della sua qualità di ente pubblico e *jure privatorum utitur*») che «se applicata fermamente alla problematica del diritto amministrativo, avrebbe potuto produrre la totale disintegrazione delle costruzioni tradizionali, fondate ...sul presupposto del nesso necessario fra perseguimento dell'interesse pubblico e adozione

In seguito, maggiore fortuna rispetto alla tesi del contratto di diritto pubblico incontrò, soprattutto in giurisprudenza, la costruzione dualistica su cui si impernia la teoria della concessione contratto⁵⁸, con la presenza di due distinti atti-fonte: un provvedimento amministrativo concessorio e un atto convenzionale, accessorio e complementare, nella perdurante primazia riconosciuta all'elemento pubblicistico⁵⁹. Tale doppia struttura, di cui fin da subito si colse l'intrinseca contraddittorietà⁶⁰, con la sua caratteristica natura anfibia, era destinata a riflettersi nelle oscillazioni che per lungo tempo hanno caratterizzato lo statuto disciplinare delle concessioni di pubblico servizio, tra specialità e diritto comune⁶¹, che giungono fino al tempo presente. Oggi, tuttavia, sulla scorta del diritto unionale, il profilo sinallagmatico sembra ormai divenuto prevalente, con ciò che ne consegue in termini di regime giuridico (e, potenzialmente, di riparto di giurisdizione)⁶². La parabola della concessione amministrativa sembra, allora, doversi chiudere (almeno per il momento) con l'attrazione della concessione di servizi nella sfera del diritto contrattuale, sotto l'influsso del diritto positivo unionale – che, espressamente, si riferisce a «contratti di concessione» (art. 1, direttiva 2014/23/UE) –, e alla rischiarante luce del codice dei contratti

da parte dell'amministrazione di atti imperativi di diritto pubblico». Sulla modernità della concezione di Forti, insiste anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Giovanni Miele e la parabola del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 60 s., il quale osserva come nel contratto di diritto pubblico «Sembra già di intravedere quegli accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento che vedranno la luce in Italia novant'anni dopo». La traiettoria del contratto di diritto pubblico, «dalle origini alla legge sul procedimento amministrativo», è stata ripercorsa da G. GRECO, *Accordi amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 9 ss.

⁵⁸ Come precisato da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 188, la giurisprudenza utilizzerà il termine "concessione-contratto" «come sinonimo breve dell'espressione "contratto privatistico accessivo a provvedimento concessorio unilaterale"». Con riferimento alla concessione contratto come «invenzione giudiziale» vedasi, ancora, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 175 ss. In dottrina, la costruzione dualistica è accolta, tra gli altri, esemplarmente, da F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

⁵⁹ Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 189.

⁶⁰ Sul punto, cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483: «la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell'attività svolta dal concessionario veniva a confliggere con l'ineliminabile bilateralità dell'accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per motivi di pubblico interesse. Si trattava di una contraddittorietà insita nell'istituto e che sembrava mettere in dubbio la praticabilità stessa della dicotomia pubblico-privato, fin tanto, almeno, che quella dicotomia si appoggiava, da una parte, all'autorità e all'impero, dall'altra al consenso e all'accordo».

⁶¹ Cfr. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 567 ss.; più di recente, in tema, prendendo spunto dagli specifici profili che interessano la fase esecutiva delle concessioni, possono leggersi, con diversità di accenti e posizioni, G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 11 ss.; E. BOSCOLO, *Stabilità nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, II, p. 281 ss.; M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, p. 76 ss.

⁶² Fa il punto sulle evoluzioni dell'istituto concessorio, G. GRECO, *La "depubblicazione" delle concessioni di lavori e servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2023, p. 487: «risulta ormai completato (salvo ripensamenti, che non si possono mai escludere) il processo di privatizzazione di dette concessioni. Si tratta anzi di un contratto con un'impronta privatistica e mercatoria ancora più spiccata di quella dell'appalto, dato che il suo elemento differenziatore e caratterizzante è costituito dalla traslazione del rischio operativo e, comunque, dalla assunzione da parte del concessionario di rischi superiori a quelli normalmente sopportati dall'appaltatore». In tal senso, sulla scorta del diritto europeo, ma dall'angolo visuale del diritto privato, cfr. già V. RICCIUTO-A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, ESI, Napoli, 2009, p. 173 s.

pubblici del 2023 che, in linea con la stessa disciplina europea, ha espunto dalle previsioni relative alla «risoluzione e al recesso» i poteri pubblicistici di autotutela amministrativa e sostituito il riferimento alla revoca con quello all'istituto civilistico del recesso (art. 190)⁶³.

In questo rinnovato orizzonte, che assimila le concessioni a moduli sinallagmatici, una sorta di (parziale) recupero dell'elemento pubblicistico pare potersi realizzare, come emerge dalla paradigmatica normativa in tema di concessioni autostradali, per via di differenziate forme di incidenza della legge sui rapporti convenzionali: ora attraverso il meccanismo tecnico della eterointegrazione; ora a prescindere, invece, dalla conformazione in via amministrativa del contratto. Si rilevano, quindi, in primo luogo, interferenze prodotte da sopraggiunte disposizioni di legge, al di fuori dell'eterointegrazione civilistica; come nel caso dell'art. 1, d.l. 28 settembre 2018, n. 109⁶⁴, che ha escluso il diritto, convenzionalmente previsto, del concessionario di ripristinare l'«infrastruttura collassata» (c.d. «Ponte Morandi»)⁶⁵. Si registrano, d'altronde, anche ipotesi di eterointegrazione in senso tecnico ex art. 1339 c.c. – ma non necessariamente ad opera di atti autorizzati delle autorità indipendenti –, quale quella che prende forma mediante l'inserzione automatica della specifica clausola prevista dall'art. 11, comma 3, legge 16 dicembre 2024, n. 193 («Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023»)⁶⁶ che, in caso di estinzione del rapporto concessorio per «inadempimento del concessionario», impone la sostituzione delle clausole contrattuali difformi che divengono nulle per contrarietà a norma imperativa (ex art. 1419, comma 2, c.c.), e «senza che possa operare ... alcuna risoluzione di diritto». Per effetto dell'eterointegrazione, ove l'estinzione derivi appunto da inadempimento del concessionario, si applica, pertanto, la previsione dell'art. 190, comma 4, lett. a), del codice dei contratti pubblici per cui al concessionario spetterà «il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario». Tale complesso meccanismo, in sostanza, mira a sterilizzare gli effetti delle piuttosto diffuse clausole convenzionali che conferivano al concessionario autostradale uscente il diritto al pagamento di un indennizzo/risarcimento da parte del concessionario subentrante, salvo che in caso di grave inadempimento del concessionario, con l'effetto di rendere assai difficoltoso il subentro di un nuovo concessionario, paralizzando in tal modo la dinamica concorrenziale.

⁶³ Cfr., di nuovo, G. GRECO, *La "depubblicazione" delle concessioni di lavori e servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, cit., p. 486 ss.

⁶⁴ Convertito con modificazioni dalla legge 16 novembre 2018, n. 130. La norma in questione è stata giudicata costituzionalmente conforme da Corte cost., 27 luglio 2020, n. 168.

⁶⁵ Cfr., in particolare, l'art. 1, comma 7, secondo cui «Il Commissario straordinario [nominato, ai sensi del comma 1, «al fine di garantire, in via d'urgenza, le attività per la demolizione, la rimozione, lo smaltimento e il conferimento in discarica dei materiali di risulta, nonché per la progettazione, l'affidamento e la ricostruzione dell'infrastruttura e il ripristino del connesso sistema viario», ndr] affida, ai sensi dell'articolo 32 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, la realizzazione delle attività concernenti il ripristino del sistema viario, nonché quelle connesse, ad uno o più operatori economici diversi dal concessionario del tratto autostradale alla data dell'evento e da società o da soggetti da quest'ultimo controllati o, comunque, ad esso collegati, anche al fine di evitare un ulteriore indebito vantaggio competitivo nel sistema delle concessioni autostradali e, comunque, giacché non può escludersi che detto concessionario sia responsabile, in relazione all'evento, di grave inadempimento del rapporto concessorio ...».

⁶⁶ Una analoga ipotesi di eterointegrazione è prevista dall'art. 35, comma 1, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8.

Un costante e pervasivo recupero dell'elemento pubblicistico ha, poi, luogo mediante il (qui studiato) continuo flusso regolatorio che proviene dalle autorità indipendenti, confluendo in atti autorizzati dalla legge ad eterointegrare i contratti di servizio. In quest'ottica, il provvedimento amministrativo non risulta più, come nelle antiche teorizzazioni unilateralistiche, preminente rispetto al negozio accessorio e, quindi, assorbente in termini di disciplina (pubblicistica) applicabile. Il rapporto tra pubblico (atto amministrativo o legge) e privato (contratto) sembra, oggi, piuttosto doversi leggere nella prospettiva del «concorso di fonti» regolative⁶⁷, dell'intarsio di discipline di matrice negoziale, normativa o provvedimentale, che contribuiscono a comporre – talora con interventi che si succedono nel tempo, a “formazione progressiva” – il regolamento dell’“ossimorico” contratto di concessione, ponendo, anche in maniera forse più spinosa rispetto al passato, quei problemi di tutela dell'affidamento generati dalle sopravvenienze (legislative o provvedimentali) rispetto ad assetti negoziali definiti.

L'*excursus* condotto, dalla concessione contratto al contratto di servizio, dimostra come nei settori economici regolati le interferenze sui negozi privati tendano, negli ultimi anni, ad aumentare per (varietà di) forme e per intensità. Di fronte a un simile fenomeno, la buona fede, oltre a rimanere la principale fonte legale d'integrazione del contratto, sempre più sembra poter divenire, in funzione di tutela della certezza, anche «norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto»⁶⁸, nell'esercizio tanto del potere legislativo che amministrativo. La sopravvenuta disciplina tariffaria che scaturisce dal potere regolatorio va, dunque, immessa nel prisma dei principi della buona fede e dell'affidamento, per verificare se la fiducia riposta dagli operatori nelle superate determinazioni possa essere legittimamente delusa, perché il mutamento di regime è stato previsto dalla legge e la sopravvenienza è in concreto prevedibile. Solo così la regolazione potrà realizzare il suo fine ultimo, di infondere certezza e tutelare i legittimi affidamenti dei gestori dei servizi, nel complesso bilanciamento tra flessibilità e coerenza di metodologie e regole imposto dal flusso continuo di conoscenze ed esperienze che provengono dai mercati.

⁶⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 72 ss.

⁶⁸ Si riprende l'efficace formulazione di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 8.